

## 公序良俗に関する一考察 (一)

石 田 喜 久 夫

### 一 はじめに

「私的自治 (Privatautonomie) とは、個人がその意思にしたがって法律関係をみずから形成する原理 (Prinzip) を、いう。私的自治は、人間の自己決定 (Selbstbestimmung) という一般的な原理の一部である。この原理は、基本法によれば、法秩序に所与の、かつそこで実現されるべき価値として、基本権を通して承認されている。

個々の法秩序にあつては、私的自治の原理は、さまざまな範囲で実現化されている。それぞれの法秩序の歴史的展開においても、私的自治の基本命題 (Grundsatz) は、異なった通用性 (Geltung) を見せている。私的自治なくしては、いかなる法秩序も存在しない。社会主義的秩序のもとでは、もちろん、私的自治は狭い広がり限定される。なぜなら、私的な法律関係が存在しないかぎり、自己決定による法形成へ個人がかかわる可能性は、なんら存在しないからである<sup>(1)</sup>。

「私的自治は『良俗 (Gute Sitte)』にその限界を見い出す。良俗に対する違反のさいには、私的自治に基づく行為

(AKI)は無効である(一三八条<sup>(2)</sup>)」。

右は、強烈な意思主義を以て令名を馳せているヴェルナー・フルーメの説くところである——法秩序が禁止規範を置いていることに関する記述は、引用に及ばなかったが——。このことは、ひろく、かつての西側諸国と呼ばれたところに存在する法秩序についても、妥当する。もちろん、わが国もその例外ではない。公序良俗違反行為を無効とする民法九〇条が、これを示している——強行法規違反行為も無効であること、いうまでもあるまい——。

ところで、わたくしは、古く一九五八年に、「日本民法九〇条について」と題した論稿を公表したことがある<sup>(3)</sup>。ここでは、簡単ながら、ローマからの沿革とドイツ、フランスとの法比較をおこなったうえ、九〇条は、良俗違反行為と強行法違反行為とをいずれも無効としている、と説いて、通説とは異なる考え方を展開したが、世人の目にとまらなかった。外国向けの欧文紀要に掲載された、私の唯一の英文での作品だったからであろう、と思っている。これより数年前の一九五五年、いわゆる「苛性ソーダ密輸事件」の判例評釈<sup>(4)</sup>において、九〇条と七〇八条の関係について、いささか深入りし、「良俗違反」をとりわけ強い否定的評価を受けるべきものと解し、これのみを七〇八条の「不法ノ原因」に接続させたことがある。その後は、かなり久しきにわたって、民法九〇条に關説することはなかったが、一九八五年に甲斐氏らに誘われて、現代民法講義を編集することとなり、そのシリーズの中の「民法総則」を担当した。この書物は七人の分担で成っているが、民法九〇条の部分は、わたくし自身がみずから望んで執筆した。引用が長きにわたるが、わたくしの問題意識を明確に知っていたきたい故、譏りを甘受して、以下に掲げる。

「民法九〇条は、『公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス』と規定する。ここにいう『公ノ秩序』とは国家社会の一般的秩序を指し、『善良ノ風俗』とは国民の一般道徳を意味するが、両者を合わせて『社会的妥当性』と解し、『公序良俗』と称するのが通説である。法が道徳を取り込んだものと解される。それ

ゆえ、法律行為が有効に成立するためには、その目的が社会的妥当性を有しなければならない。法律行為自由の原則に対する内在的制限である<sup>(5)</sup>」。

「公序良俗に反する行為は無効であるが、他の無効との間に、重大な差異がある。一般の無効の場合には、その法律行為に基づいて生じた財の移動はもとの鞘に収まることとなる（民七〇三条以下の不当利得の返還）。しかし、公序良俗違反行為に基づいてなされた財の移動は、『不法原因給付』として、その返還請求を許さない（民七〇八条）。たとえば、妾関係を維持するために既登記の不動産が贈与され移転登記もおえた場合には、その贈与は無効であるが、不動産の返還は認められないこととなる（最大判昭四五・一〇・二一民集二四卷一〇号一五六〇頁）。このように取り扱うことによって、社会的に妥当でない行為を、効果的に抑えようとしているのである」。ところで、「公序良俗を社会的妥当性と規定しても、そのような概念はきわめて抽象度が高く、内包としてどのようなものが包攝されるかは、明確に論定し難い。いわゆる一般条項（General Klausel）とされる規定のもつ宿命であり——内容をどのように画定するかは、白地のキャンヴァスに画を描くことに類比できるから、一般条項は白地規定ともいわれる——、ここでは、判例のつまり重ねによってその具体相が明らかにされざるをえず、その類型化が法的安定性に役立つ、とされる<sup>(6)</sup>」。

公序良俗違反行為は「類型化によって、かなりの程度に具体相が明らかとなり、そのかぎりで予測可能性は担保されるが、つねに、カズイステイシュに判断しなければならぬ余地は残ってくる。ごく抽象的にいえば、そのさい基準となりうるのは、人間の生命・健康・自由を否認ないし侵害するおそれの有無である。すでに触れたように、人間は、自己および他人の『自由な意思をもつ』という本質的属性を否定する自由を有しないからである<sup>(7)</sup>」。

「すべての社会制度は歴史的存在であり、法制度もその例外ではない。したがって、公序良俗のような抽象的概念は、概念そのものに変化はないにしても、その内容（内包）は時と場所を異にするにつれて、とくに変わりやすい。

太平洋戦争（第二次世界大戦）下における食糧管理法違反行為に対する社会的評価——道德的倫理的にもはげしく非難された——と、現在におけるそれとを比較するならば、この指摘を容易に理解しうるであろう<sup>(8)</sup>。

右に説いたところは、現在の公序良俗論に照らすとき——わが国のみでなく、ドイツにおいても論議を呼んでいる——、舌足らずの感を免れず、現状に即しない憾みのあるのを、否定できない。本稿において、ドイツでの議論を参照して、再思に及ぶ所以である。

- (1) Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band Das Rechtsgeschäft 2 Aufl. [1975] S.1.
- (2) Flume, a.a.O., S.2.
- (3) Kikuo Ishida, On Article 90 of the Civil Code of Japan, OSAKA University Law Review No. 6. [1958] P. 1. 英文での表現は、私一人によるのではなく、小学校の同級生で、当時、同志社大学文学部英文学科の専任講師であった齋藤勇君〔現在、同教授〕の協力によるところ多大である。
- (4) 石田喜久夫「民法九〇条・七〇八条の適用されない一事例」阪大法学一三号〔一九五五年〕一五八頁以下、これは、最判昭二九・八・三一民集八卷八号一五五七頁の評釈である。
- (5) 石田喜久夫編・民法総則〔現代民法講義Ⅰ〕（法律文化社）〔一九八五年〕一〇四頁〔石田〕。ひき続き、「公序」は強行法秩序を「良俗」は維持されるべき道德と解し、民法九〇条はこの二つについての規定であると説き、法規範が、そのなかへ道德規範をとり込み、これに法的 sanction を与えることは、可能でもあり必要でもある、としている。しかし、これについては、わが国でもドイツでも論議があり、「公序良俗」でいいではないかとするむきがある、後に紹介するとおり、有力なようである。
- (6) 石田編・前掲書（5）一〇五頁〔石田〕。そのさい、わたくしは、いくばくかの留保を付しながらも、(a) 社会道德に反するもの (b) 基本的人権を侵害する行為 (c) 国または地方公共団体の行政作用を妨害しようとする行為、という三類型を樹て、(a) を (i) 家族倫理に反するもの (ii) それ以外の道德觀念に反するものに、さらに (iii) を ① 賭博 ② 暴利行為 に細分類した——通

説に倣って——。しかし、この「類型化」については、とくにドイツではげしい応酬がある。

(7) 石田編・前掲書(5)一〇七頁「石田」。ここでの私見は、通説にいう「社会的妥当性」にくらべると、妥当範囲の狭い概念であるばかりでなく、ドイツ民法などという良俗(die gute Sitte)よりも狭いように思われ、その意味でも、批判に晒される嫌いがある。

(8) 石田編・前掲書(5)一〇八頁「石田」。戦争下における、米の流通ルート以外での取引は、非国民的行為としてきびしく非難されたことから、敗戦後の食糧難時代には「ヤミ屋」と軽蔑されながらも幾分かは必要悪視される時期を経て、自由化直前の国民の意識における食糧管理法の死文化を思うとき、感無量である。

## 二 現在の問題状況

わたくし流の問題意識にしたがって、公序良俗論——あるいは、たんに「良俗論」と云ってもよいかもしれない——の現状を眺めることから始めたい。

1 まず最初に、一九九五年に公刊された「公序良俗違反の研究」<sup>(9)</sup>に即して、そこで提起され検討されている問題点を、紹介する。この書物は、椿寿夫氏の主宰にかかる《法律行為研究会》での研究成果を公表したもの(一九九二年の法律時報六四卷一〇号から同誌に連載)を、主たる内容として編まれたものである。その「はしがき」には、「我妻博士が、判例からみた民法九〇条の内容に着眼されたのは、一九二〇年ごろであり(論文の発表は一九二三年)、その時期よりすでに四分の三世紀が経過している。最初の教科書からも六五年たっており、その間における価値尺度の推移を含む日本社会の変化はきわめて激しい。まさに『当代の社会思想と社会制度とを』『活眼を開いて』みなおすべきであり、そのためには第二次大戦前の判例・裁判例と戦後半世紀間のそれらとを対比観察する作業が不可避の出発点となるであろう。とくに裁判規範として一般条項をながめる際には、これまでの判例を、基準としての

規範的意味いかんをこめた形で、的確に整理する必要性が大きい。これが研究を思い立った第一の動機である。<sup>(10)</sup>とある。しかし、「これは同時に、今日までの学説の動きや外国法の流れを知りたい、という願望を呼び起こす」<sup>(11)</sup>。当然の推移とでも評すべきか。ところで、「公序良俗という用語は、民法九〇条（「法律行為の無効効果を生ずる」）の条文に出てくるだけでなく、解釈上、同七〇八条（「返還否定の効果を生ずる」）や同七〇九条（「損害賠償請求の一要件となる」）などでも問題となるが、一つの言葉が別異の制度でそれぞれ用いられる場合、その意味内容はどこまで同一であり近似するかを調べてよい。そして、このような視点は、他の一般条項との関係いから、身分行為における状況などまで、他の制度ないし規定へも着眼させる。さらに、公序良俗違反による無効という制度の暫時的借用場面も、いろいろ検討しなければならない。私見は、代物弁済予約と暴利行為無効という当時の通説・判例による解決が一時的利用であり、それから脱皮・離隔すべきことを唱えたが、およそ一般条項と呼ばれる制度・規定にあつては、このような方向をたどる場合もまれでない<sup>(12)</sup>」とされる。そして、「以上でみた視点（たとえば近似する・関連をもつ・複数の制度が究極的には適用上どのように落ち着くべきか）は、同時に、ある法的観念の機能・要件・効果の相関的観察という手法にも結びついていく。民法九〇条でいうならば、その無効は右三要素からみて他の無効諸場面と比較してどのような位置を占めるか、が問題となってくる<sup>(13)</sup>」との指摘に及んでいる。

内容は、<sup>(14)</sup>序論(1)「法律行為論の課題一斑」椿寿夫 (2)「公序良俗違反の諸相」椿。第一部公序良俗 (3)「公序良俗序説」野村豊弘 (4)「戦前判例における公序良俗」織田博子 (5)「戦後判例における公序良俗」中舎寛樹 (6)「我妻類型とその現代の変容」椿久美子 (7)「ドイツ法における良俗論と日本法の公序良俗」林幸司 (8)「ドイツの判例における良俗違反」鹿野菜穂子 (9)「フランス法における公序良俗論とわが国への示唆」後藤卷則 (10)「フランスの判例における公序良俗」難波譲治 (11)「日本の学説における公序良俗」滝沢昌彦 (12)「イギリスにおける公序良俗論」

新美育文 (13)「民法九〇条における公序良俗違反の類型」中舎。第二部公序良俗と他規定との関係 (14)「公序良俗と他規定との関係序説」伊藤進 (15)「公序良俗と強行法規」滝沢 (16)「公序良俗と信義則」中舎 (17)「公序良俗と権利濫用」橋本恭宏 (18)「公序良俗と不法行為」織田 (19)「消費者取引と公序良俗」平野裕之 (20)「不当条項と公序良俗」山本豊 (21)「公序良俗と不法原因給付」難波 (22)「身分行為と公序良俗」前田陽一。終輪 (23)「法律行為における公序良俗の展開」伊藤進の二三篇から成る。これらを以下に要約するが、わたくしの素養なり関心から著者には不本意かもしれぬ繁簡を生じるについては、あらかじめご了承をお願いしておきたい。

民法総則編の第四章とくに民法九〇条―一二六条をめぐる研究の現状を要約した(1)において、椿寿夫氏は、公序良俗違反による無効の効果について「在来の公序良俗違反を効果面で細分することも問題になるわけであって、これらを総合判断することは、大きな課題となろう。」(一一)と説き、(2)では、この課題を追究して、たとえば消費者取引につき「民法九〇条は避けて通れないのみか、恰好の利用可能場面であろう。しかし、それを取り込むために公序良俗違反それ自体の要件・効果を動かし変更するか、それとも、民法九〇条はいわば“暫定的借用”であって、やがては消費者契約法・消費者取引法プロパーの理論ないし法制度へ移行し、公序良俗論はふたたび(といっても新たな通過体験により完全な復旧はありえないだろうが)縮小するとは考えられないか。ことがらは一般条項に対する各自の接近姿勢にかかっていて、簡単にいずれか一方を是とし他方を非とするわけにはいかないが、検討課題に属する。」

(三二)と述べている。<sup>(15)</sup>(3)は、序説らしく、民法九〇条の系譜、日本の学説・判例、比較法、研究の方向を簡単に示すもの。(4)では、我妻類型に従って戦前の判例を整理したのち、正義の観念に反する行為・自由の制限・暴利行為については、明確化のためにさらに検討を必要とする、とされているが、戦前から分類不能の判例がかなり多く存在し、それら凡てを収容しうる類型化を試みても、「どれだけ意味があるか疑問である。」(六〇)との指摘に興味を惹か

れた。戦後の判例を我妻理論分類に倣って整理したのが(5)であるが、戦前にくらべて、人倫に反する判例がその数を減じ、取引関連事例の増加がみられる、とする。結語はこうである。「現代の公序良俗違反は、極端な言い方をすれば、取引関連事例を何でも取り込んで、どんな効果をも導くことができる魔法の条文のようになってきている。公序良俗違反にこのような多くの役割を求めてもよいのかということが問題となるのは明らかであろう。また、公序良俗違反にこのように多様化した機能があることを前提とするなら、それぞれの機能に応じた公序良俗違反の要件・効果が整序されるべき時期にきているともいえよう。」と(八一)。(6)は、(4)(5)の論述にも示唆を得て、我妻理論ないし我妻類型形成の背景を探ったのち、その影響と役割の終焉に及び、新しい類型の模索と併せて我妻理論の民法学の歩みへの寄与を語り、次のように結ぶ。すなわち、「公序良俗違反行為は、各種の観点・角度から類型化されることにより、判断基準がより客観的にされよう。しかし、類型化だけでは十分ではなく、実際に違反かどうかを判断する際には、前述したように当事者間の具体的事情、当事者の一方に不当な不利益を生ずるか否かその他の多様なファクターをも考慮するなど相関的・総合的な判断が求められ、とりわけ弱者保護のために要件・効果を修正した無効とするなど、公序良俗違反の判断基準は、より多様化・複合化・総合化されてきていることに留意しなければならない。」(一一三)というのである。(7)では、ドイツ法において「公序」概念がなぜ消失したか、良俗概念だけで問題はないかという問い、「ドイツ法に問題があるとすれば、公序概念の不存在によって裁判実務などに具体的な不都合が生じているということではなく、良俗概念のブラックホール化から生じる問題であり、この点では、公序概念をもつ日本法もほぼ同じような状況にあるといえるのではなかうか。」<sup>(16)</sup>(一二八)と、されている。さらに、良俗概念の多元性をいうラーレンツ(Larenz)、ドイツ民法一三八条一項に良俗と並んで公序を読み込むジミティス(Simitis)の説を紹介し、次いで、暴利行為規定(同条二項)明文化の理由を探り、そのメリットは疑問であるとしたうえ、日本法との比較につき、



「条文構造の違いほど、ドイツ法と日本法に実質的に大きな差異があるとは思えない。誤解を恐れず、全体を大きく見ていえば、むしろ、良俗といおうが公序良俗といおうが、裁判官の裁量によってどんな内容でも盛り込める形ができていくという点で、両者はほぼ同質のものといえるのではないか」<sup>(17)</sup> (一三三―一三三)と断じている。ドイツ民法一三八条に関する判例を簡潔に整理するものが<sup>(8)</sup>である。人倫に反する行為、正義の観念に反する行為、他人の無思慮・窮迫に乗じて不当の利を博する行為、自由を極度に制限する行為、著しく射倖的な行為の五類型に従って分類したのち、良俗違反行為について、「解釈による無効判断の回避」と「無効の範囲」に関する判例を紹介している。末尾の「今日のドイツの文献のなかには、良俗違反の分類として、社会公共に対する良俗違反という項目と並べて、相手方に対する良俗違反、第三者に対する良俗に反する加害という項目を掲げるものが見られるという点を付言しておこう。そして、たしかに、社会一般の抽象的な利益保護が問題となっている場合と、相手方または第三者の利益保護が問題となっている場合とでは、裁判所による判断の方法ないし判断ファクターに違いが見られるのであり、したがって、良俗違反のこのような分類にも合理性が存在するように思われる。日本においても、民法九〇条の機能の拡大・多様化を積極的に受け止めるべきか否かという問題の検討と並行して、良俗違反行為の分類基準の再検討が行われるべきであるが、その際、右ドイツ学説におけるような観点に注意が払われるべきであろう」<sup>(18)</sup> (一四九―一五〇)との提言は、貴重である。<sup>(9)</sup>は、フランス民法六条・一一二八条・一一三一条・一一三三条の適用における問題から説き起こし、学説を中心に、公序概念の拡張に伴って生じた伝統的な公序と現代的な公序の差異——政治的公序と経済的公序、保護的公序と相対無効——を論じ、「例えば消費者取引の領域においては、そこにおける公序の規範内容を消費者保護と捉え、この類型においては公序違反の効果を相対無効とする(保護される者の側からの無効主張のみを認める)」といった解釈が考えられるべきであろう」<sup>(19)</sup> (一六〇)「同じく商品取引にかかわる法秩序とい

つても事業者間における法秩序と事業者・消費者間における法秩序とは異なると考えられるのであり、それぞれの適用領域における法秩序を考慮に入れた新たな公序良俗違反の類型を提示することが必要であろう。」(一六〇―一六一)と断じている。フランスの公序良俗に関する判例を、政治的公序Ⅱ伝統的公序(国家に関する公序・家族に関する公序・道德的公序〔良俗〕・変容を示す事例)、経済的公序Ⅱ現代的公序(指導的公序・保護的公序)に分類し、公序良俗違反の効果に關説するのを職とするのが(10)であるが、ここにも、「従来のわが国の学説は、公序良俗を社会的妥当性と置き換えてしまったため、分類の視点が不明確となったきらいがあるが、いかなる秩序に反するかを基本に据えるべきである。それが憲法秩序なのか、実定法にない道德的秩序なのかは、同様に扱えないと思うからである。このように考えると、公序良俗は立法をも視野に入れたものと理解しなければならない。さらに、相対的な無効を導く公序良俗を提唱するとすれば、その特殊性をより明確にしなければならないであろう。」(一七五―一七六)との、抑制ぎみではあるが、注目すべき指摘がみられる。ひるがえって、(11)は、公序良俗がわが国の学説においてどのように捉えられているかを、辿るものである。(6)との重複を避けつつ、体系書における公序良俗概念の枠組みに限定して――体系書の果たす社会的役割からして、かような限定も有意義である――、起草過程から現在に至るまでの推移を簡潔・的確に描いている。「まとめ」として、「第一に、公序良俗のイメージがはつきりしない。……第二に、強行法規のイメージもはつきりしない。……公序と良俗の関係も問題である。」(一九二)と、極めて率直である。虚心に耳を傾けねばなるまい。コモン・ローとくにイギリス法上の公序良俗論を扱う(12)においては、イギリス法が日本法に示唆するところとして、以下の四点が挙げられている。「第一は、公序良俗違反契約も強行法規違反契約も、ともに、不法であるということとその効力を否定している点である。」(二〇九)「第二は、不当契約条項を強迫、不当威圧、不当表示などの、日本法でいうところの、瑕疵ある意思表示に関する概念を用いて処理している点である。……第三は、

公序良俗違反といっても、その不法の程度はさまざまであるとともに、契約の各当事者のその不法性への関与の程度もまちまちであることから、契約の効力を否定するについて、相対的な態度をとっている点である。……第四は、要件・効果が不明確ではあるが、一部無効を認めている点である。」(二二〇)。法系がまったく異なるとはいえ、イギリス契約法の発想は、もって他山の石とすべきであろう。(5)において、新たな類型論をといた中舎氏——新しい受け皿の必要性は、既述のすべての論稿において主張されたところであるが——は、「現在の九〇条の適用の状況に応じた公序良俗違反の類型化を試み」(二二六)た。それが(13)である。つとに(6)が採り上げていた、新しい——我妻類型に代わる——類型のうち、米倉類型<sup>(20)</sup>・山田類型<sup>(21)</sup>・内田類型<sup>(22)</sup>を検討し、これらが我妻類型に取って代わるだけの説得力を持ち、かつ、明確な判断基準を提示しえていないとしながらも、「これらの新たな試みに共通する方向性として、

①暴利行為については、当事者間の公平を問題にする類型として、一つの独立した類型とすべきこと、②なされた給付の返還請求の可否を類型化の一つの基準として考慮すべきこと、③法益によって分類した場合には、社会一般の利益の保護と、当事者間の公平の確保とが区別の基準になりうることを挙げることができ、これらの点を本稿における類型化においてどのように取り扱うべきかを検討する必要がある。」(二七二)——②は民法九〇条と民法七〇八条との結合に対する修正となる——として、新たな類型化を提示している。それは、今日の九〇条の状況を規定している複数の要素の相関において類型を構築しようとするものであり、左に示すとおりである。<sup>(23)</sup>

[1]法規違反 (①社会通念上も許容できない、殺人契約・射倖行為・裏口入学の幹施など) 全部無効・返還請求否定、  
③無資格・無免許でなされ不合理な結果を生じる、弁護士法違反の委任契約など) 全部無効・返還請求否定、  
③取引価格・報酬の制限に違反する契約) 超過部分の無効) [2] 取引法秩序違反 (①内容または手段が社会的に不当な、競争取引妨害行為など) 全部無効・返還請求否定、②内容または手段が当事者の一方のみを害する、消費者保護関連

事例などⅡ全部無効・返還請求肯定、③取引の価格・報酬が妥当でない暴利行為などⅡ超過部分の無効、④一部条項が一方当事者に不公平な、不当な約款などⅡ当該条項の無効) [3] 家族法秩序違反(①内容が家族法秩序の精神と相容れない不公平な、愛人契約などⅡ全部無効・返還請求否定、②内容が相続法秩序の精神と相容れない不公平な、愛人への贈与などⅡ全部無効・返還請求否定) [4] 憲法秩序違反(①内容が憲法の理念(個人の尊厳)に違反し社会的に不正な、芸娼妓契約などⅡ全部無効・返還請求否定、②内容が憲法の理念(法の下の平等)に反して当事者に不公平な、労働契約における差別条項などⅡ不公平な部分の無効) [5] 以上のほか、正義・公正・公平の理念に反する場合Ⅱ違反の程度、損害の程度に応じて、全部無効または一部無効、というものであるが、類型とは言い難い[5]類型(?)を設けざるを得なかったほか、[3]の類型や[2]の類型についてもやや無理を感じるなど、類型論の限界を如実に示していると、わたくしには思われる——この点については、いずれ後述する——。とはいえ、全体の構想ならびに「九〇条における公序良俗違反の類型化の観点からすれば、強行法違反を九〇条で扱うことが有益である。」(二二六)とするくだりは、一見識を示すもの、と評価したい。

(9) 椿寿夫Ⅱ伊藤進編・公序良俗違反の研究——民法における総合的検討(日本評論社)〔一九九五年〕

(10) (11) 椿Ⅱ伊藤・前掲書(9)はしがきii頁〔椿寿夫〕。

(12) 椿Ⅱ伊藤・前掲書(9)はしがきii～iii頁〔椿〕。

(13) 椿Ⅱ伊藤・前掲書(9)はしがきiii頁〔椿〕。

(14) (1)(2)のアラビア数字は、石田が便宜上付した。なお、引用文末尾( )内の漢数字は椿Ⅱ伊藤・前掲書(9)の本文頁数を示す。

(15) 椿寿夫氏は、(1)(2)のそれぞれの標題にふさわしい内容の記述に及んでいるが——とくに、(2)では民法七〇八条。七〇九条との関係についてのくだりが、わたくしには示唆に富むように思われた——、本文では、わたくしが最も関心をもつ部分の

みを引用した。了とされたい。

- (16) これは、よりひろく一般条項に対する批判と受けとめてもよく、尤もと思われるが、一般条項を擁護する見解も少し、としない。具体的にいうなら、Medicus, Allgemeiner Teil des BGB 3 Aufl. (1988) S. 252 を引用するのみでは、——メデイクスの盛名を顧慮しても——片手落ちではあるまいか (たとえは、Vgl. Theo Mayer-Maly, Was leisten die guten Sitten? Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 194. Band Heft 2-3 [Juni 1994] SS. 106 ~ 108)。

- (17) いささか極端な断定のように思うが、著者 (林氏) は、他面において、憲法秩序と公序良俗との関係、「法秩序の外にある道徳・倫理規範を公序良俗に盛り込んでもよいかどうか」「裁判官に規範創造を認めるべきかどうか」が問題とされるべきではないかなど、重要な論点を提示している (椿＝伊藤・前掲書 (9) 一三五頁参照)。これらの点については、のちに詳述するが、Ralph Weber, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP. 192 Band Heft 6 [Dezember 1992, SS. 540 ~ 554]、立ち入った否定論が展開されている。これに対する反論は、Axel Beater, Generalklauseln und Fallgruppen, AcP. 194 Band Heft 1 [Februar 1994] SS. 85 ~ 87 に見られ、Weber, Erwiderung, AcP. 194 SS. 90 ~ 92 が再反論している。

- (18) これは、契約内容を修正してまで、公序良俗違反行為の効力を部分的に維持しようとする、ドイツ連邦 (最高) 裁判所 (BGH) の判例に連なり、その是非をめぐって論争がみられる。鹿野氏は、判例の分類につき、Palandt-Heinrichs, Soergel-Hefermehl, Kommentar zu Heinz Hübner, Allgemeiner Teil des BGB (1985) S. 364 ff. を挙げ、右論争については、「従来の判例および学説を概観する最近の文献として」Krampe, AcP 194 (1994) 1 ff. を参照 (椿＝伊藤・前掲書 (6) 一五一頁) とするのみであるが、この Christoph Krampe, Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragsklauseln, AcP. 194 Band Heft 1 (Februar 1994) SS. 1 ~ 41 ——これには、極めて興味のある事例検討がみられる——をこそ、手短にはあっても、紹介されるべきではなかったか。

- (19) カルボニエ (Carbonnier) やゲスタン (Ghestin) などの見解に連なるものである (椿＝伊藤・前掲書 (9) 一六二頁) が、カナリス (Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, Heidelberg 1983 [Schriftenreihe juristische Studien-gesellschaft Karlsruhe 160] S. 28 ff.) のさへ “halbseitige Teilnichtigkeit” の発想と軌を一にする。あるいは、フランスが

家元であろうか。

(20) 米倉明「法律行為(89)」法学教室七二号「一九八六年」六〇頁以下参照。

(21) 遠藤浩ほか編・民法注解財産法第一巻民法総則(青林書院)「一九八九年」三三二頁以下「山田幸二」参照。

(22) 内田貴・民法I総則・物権総論(東京大学出版会)「一九九四年」二二二頁以下参照。

(23) 椿Ⅱ伊藤・前掲書(9)二二三―二三五頁「中舎」。

2 第二部における、(14)は、「公序良俗と他規定との関係」の序説として、公序良俗の縦・横の広がり——他の規定との関係にかかわるのは横の広がり——を指摘し、外延的検討の問題状況を概観するものである——ついにながら内延と外延という用語法は、感じとしては理解できないではないが、的確な表現とは思えない。(15)では、フランス民法・旧民法・起草過程での公序良俗論を瞥見し、強行法概念の変遷を辿ったのち、公序良俗と強行法規の関係につき、「倫理的な非難の色彩を帯びる」もの(殺人契約)と、「当事者の合意より法規のほうを優先させるべきだというドライな政策」に出るもの(物権法定主義に反する契約)を区別し、「端的に前者を『良俗』・後者を『公序』と考え、九〇条は両者を定めていると考えることもできよう。」(二六二)とされている。信義則との関係を検討する(16)は、これについての学説・判例の展開を跡づけたのちいう。法規による権利の完全な肯定Ⅱ有効と、法規による権利の完全な否定Ⅱ強行法規違反を二極とする間にあって「公序良俗によって当該契約・特約を無効とすることも、信義則によって契約・特約に基づく主張を制限(読み替えを含む)することも可能である。この場合、法律行為自体の反社会的妥当性が強い場合には公序良俗によって問題が一般的・画一的に処理される反面、そこまではいえず、例外的・個別的処理が必要な場合には信義則が利用されるという両者の方向性の違いがある。」(二七四)と。権利濫用との関係を扱う(17)にあっては、「民法九〇条における『公序良俗』は、無効という効果を導き出すためのそれであり、法律行為

の発生、形成を無効たらしめるための道具として位置づけられる。これに対して、権利濫用において語られた公序良俗は、まさに、法制度の理念として、権利濫用を象徴する標語として用いられたともいえるのではなからうか。また、その働いている場面は、民法九〇条にいうところの公序良俗と異なり、法律行為そのものではなく、その法律行為から生ずる個々の権利について、原初時には、その行使につき効力を発生させないとするものである。」(二九〇)という、至極尤もな指摘が見えている。(18)は、不法行為における公序良俗に関する判例の分析とこれに関する学説の状況を踏まえて、「不法行為における公序良俗の内容はあまりにさまざまで、今日に至るまで筆者(石田注・織田)も類型化できないでいるが、一言でいうと、九〇条と重なる部分もあれば重ならない部分もあるといえようか。」(三〇二)としたうえ、不法行為の局面における公序良俗概念の機能として、権利の拡大や違法性判断への寄与が語られているが、もはや「不法行為事件において、今日でもなお、公序良俗という概念を媒介させることが必要であるか否かは疑問である」(三〇五)と結ぶ。消費者取引における被害者の「契約解消型救済」を検討するのが、(19)である。①不当契約型 ②不公正取引型 ③不当かつ不公正取引型という理念型を樹て、契約内容の問題性と契約締結過程の問題性に着眼して、公序良俗の適用状況を観察し、「学説の抽象論・一般論としての魅力的提案とは裏腹に、判例で公序良俗違反を認めたのは、原野商法とねずみ講などといった伝統的な公序良俗論でも処理できるものを除くと、先物取引しか残らない。」(三二二)としたのち、「要するに内容の問題は内容規制の法理、勧誘方法の問題は契約締結過程の規制法理によるべきであり、本来内容規制法理である公序良俗を消費者取引に転用するにしても、内容の問題を主軸として補充的に勧誘方法の不当性を考慮しうる程度にすぎず、やはり勧誘方法の問題は根本的には錯誤、詐欺といった締結過程の規制法理……の転用によるべきであると考えている(当然本来的には契約締結段階における説明義務も含めて立法的解決が望まれる)。」(三三〇)と説いている。(20)は、附合契約ないし普通取引約款において、とくに問題とな

る、不当条項の処理について、公序良俗規定（および信義則）がどのような役割を演じているかを、契約条項の制限的解釈という規制手法と絡めて論じている。わが国の判例・学説、ドイツ法、フランス法を觀たうえで、「主題への対応規定としては、ドイツでは信義則が主で、良俗は脇役を演じているにすぎないのは対し、フランスでは公序（保護的公序）が前面に出ているという相違が認められる。これとの比較でいうと、わが判例は、公序良俗、信義則の双方を通じて、一定程度、契約条項の内容規制を行ってきており、足場が複数である点に特徴があるといえそうである。」（三三三）「ところが、公序良俗にしても信義則にしてもいずれも本来の土俵から飛び出して、不当条項規制の場面に進出しているのが現状である。その結果、公序良俗と信義則の関係が曖昧になってきている。」（三三三）とされている。したがって、両者の住み分けをどう図っていくかが、理論の問題となるが、「内容規制の判断基準の抽象度に着眼し、定型性の高い基準で判断できるときは公序良俗、個別性の高い基準で判断されるときは信義則と適用場面を分けることが考えられよう。」（三三三）しかし、「公序良俗か信義則かという体系的な位置づけの問題は、不当条項規制法理の側からみると、どこに廂を借りるかの問題であるが、どこに廂を借りようと、具体的法律効果が異なることにならないように努められるべきであり、このことこそ実は肝要なのではなからうか」<sup>(27)</sup>（三三四）とされていることに注意すべきであろう。民法九〇条の「公ノ秩序善良ノ風俗」と七〇八条の「不法」との比較と異同の探査に向けられた<sup>(21)</sup>では、立法者の見解、七〇八条の「不法」の意義に関する代表的学説、判例の状況、そして「公序良俗との比較検討」を経て、以下の見解が披瀝されている。いわく、「強行法規違反と法規のない場合の公序良俗違反（九〇条）は、ともに基本原理としての公序良俗の一部であり、法律行為を無効にする側面として現われている。七〇八条は返還請求の側面に現われており、『不法』とは公序良俗違反である。したがって、そこには強行法規違反も九〇条の公序良俗違反の場合も含み、さらに法律行為を前提としない場合もあると考える。」（三五二）と。<sup>(22)</sup>は、身分行為を婚姻・



離婚・縁組・離縁に限定して、公序良俗との関係を考察している。つまり、①民法総則編の親族編相続編に対する通則性を認めるか、②民法七四二条・八〇二条の「左の場合に限り」を文言通り解釈するか、③身分行為における意思に社会観念上あるべき身分関係の「実質(実体)」を要求するか、の三点に着眼しながら、身分行為に民法九〇条が適用されるかを、学説史を丹念に辿って、肯定論に与していう。身分行為の意思は「財産法上の法律行為と同様に、民法上の諸効果(少なくとも主要な効果)に向けられるものと解すべきである。身分行為をする自由の観点からも、社会観念上あるべき身分関係の事実を伴わなくても右のような意思があれば身分行為の意思としては要件を満たすものと扱い、公序良俗に反する目的のものがあれば意思欠缺ではなく民法九〇条の適用によって無効とすべきである」(三六五)と。終論の(23)は、(3)から(22)までを、著者(伊藤氏)の関心にしたがってまとめたものである。まず、他の規定なり原則との関係について、縦軸関係・横軸関係という補助線を引き、前者に関しては、最高理念としての公序良俗を措定し、①九〇条・公序良俗、②強行法規、③信義則、④権利濫用、⑤不法行為の「違法性」、⑥不法原因給付の「不法」をその下位概念と考えた場合(もしくは、①⑥の成否の基準とみるとき)の問題点を指摘し、後者については、①⑥を並列関係とみて、最高理念としての公序良俗を認めないものであるが、一般的見解としては、最高理念・公序良俗、信義則、権利濫用が並列的に上位に、九〇条・公序良俗、強行法規違反、不法原因給付の「不法」、不法行為の「違法性」が並列して下位に位する、とみているとする。わたくしは、このようなパズルの論議に、いまのところ興味がない——他の原則との実質的な摺り合わせの必要性は毫も否定しないが——ので、公序良俗の最高理念性などは吡喩的な言辞にすぎないのではないか、という疑問を呈示するにとどめる。ところで、公序良俗の内包<sup>(28)</sup>については、類型論がこもこも論じられるところである。そのありかたにつき、とくに、わたくしの注意を惹いたのは、賛否はともかく「公序良俗類型を考えるにあたっては、『公序』と『良俗』との関係につき分析することが必要であ

り、その関係づけをどうするのか、いずれに主眼を置いて類型化するのかを検討しなければならないのである。そして、現代における公序良俗類型としては、公序類型が中心をなすのではないかと推測され、そのような視点から検討することが重要ではないかと思われる。」(三八六) および、「公序良俗と強行法規の関係については……強行法規違反無効の根拠を九〇条に求める一元論を主張されている。強行法規違反をこのように位置づけると、これは公序良俗の内延の問題になる。このため、この関係をいずれとみるかによってその内延は大きく異なることになる。私見としてみれば、経済的取引関係事例、労働関係事例、行政関係事例が増加し、憲法秩序との関係が重視されつつあることからすると、これを一元的に捉えて、公序良俗類型を思考する方向が適切ではないかと思われる。」(三八七)との記述である。

(24) 伊藤氏は、「内延的側面すなわち『内容が許されないための』法律行為の無効という場面で登場する公序良俗……と、外延的側面すなわち公序良俗概念がかかわる民法上の他の近似概念との関係」(樁Ⅱ伊藤・前掲書(9) 三六九頁)としているから、内延・外延に伊藤氏が与えた意味は明確であるが、問題はその用語法にある。

(25) なお、樁Ⅱ伊藤・前掲書(9) 二七五頁〔中舎〕の公序良俗違反と信義則違反との関係図は興味深いが、本文の記述とすでに紹介した中舎氏の手になる公序良俗違反の類型化との関係がどうなるのかが、気にかかる。私見は、公序良俗違反の場合にも信義則が問題となりうるのであって、両者は必ずしも *entweder oder* の関係にあるとは限らない、と思うのだが。

(26) 著者(平野氏)は、公序良俗以外の法理による消費者保護をかなり立ち入って検討し、その成果との比較において、本文のごとき結論を引き出しておられ、それはそれで一つの見識たるを失わない、と思う。ただ、契約解消型救済ではあれ、*Alles oder Nichts* ではなくして、一部無効的な処理が妥当であるような事例(たとえば、*Krampe Acq 194* (18) *SS.4-7* に示されるような量的の一部有効 *Quantitative Teilaufrechterhaltung* が問題となる事例——「愛の砦 *Château d' amour*」事件において、ナイトクラブで徹宵高級ワイン等を飲食した顧客の、支払額八〇〇〇DMに及ぶ債務承認を、公序良俗違反

としたが、四六七五D Mの限度で有効としたBGHの判決、Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1987, 2014——は考えられないであろうか、との疑念が頭を掠める。

(27) 具体的には、例えば不当条項規制の受け皿とされている場合には、古典的公序良俗の効果論（絶対無効・全部無効）に固執すべきではないし、信義則により条項援用が許されない、とされる場合でも、該条項の無効を排斥すべきではないであろう（椿Ⅱ伊藤・前掲書（9）三三五頁〔山本〕）。

(28) 伊藤氏は「内延」の語を使っておられるが、これについては（24）を参照。なお、本文の如く一元論を採ったからといって、どうして強行法規を公序良俗に入れなければならないのか、また、公序類型の増大が、なぜ、良俗との関係において優位を占める——主眼を置く——ことになるのかは、わたくしにとっては定かでない。

3 椿寿夫氏は、いとも率直に「われわれが少なからず参考にさせてもらった大村敦志助教授（研究令へも二度ばかり参加願った）の大作は、今夏『公序良俗と契約正義』と題して有斐閣から刊行されたし、つい数日前、山本敬三助教授の力作『公序良俗論の再構成』（奥田教授還暦記念『民事法理論の諸問題（下）』の抜刷も落手した。これら東西を代表する大学の若手俊秀による労作と並んで、われわれの共同研究も、今秋以後、民法学会の話題となることを期待している。私法学会でも、このテーマはシンポジウム用候補の有力な一つとなるであろうか。」と、見透しを表明された。わたくしも、これに依存はない。両氏の論攷を左に紹介するゆえんである。まず、時の流れに従い大村氏の商品からはじめる。

大村氏の作品のうち、ここで採り上げるのは、「公序良俗と契約正義<sup>(30)</sup>」と「取引と公序」<sup>(31)</sup>である。前者は、東京大学法学部へ提出された、いわゆる助手論文であり、「契約が有効に成立するためには、当事者の合意が存在することが必要とされるが、そのほかに、給付間に均衡が存在することが要求されることもある。このような考え方あるいは

それを実現する制度を仮に『給付の均衡』法理と呼ぶと、『給付の均衡』法理は、多くの国の契約法に様々な形で存在しているといえる<sup>(32)</sup>」ところから、その時間的・空間的諸相を明らかにすることを、その目的としている。すなわち、「給付の均衡」法理のわが国への導入過程を辿り、「契約正義」に対する日本法の特徴の一端の析出を志す(Ⅱ原理面)とともに、わが国の判例における暴利行為論の適用状況の検討(Ⅲ実際面)を通じて、この理論の将来への展望を図るために、以下の如く論議を進めるわけである。わが国における、暴利行為を無効とする根拠条文である民法九〇条の、旧民法時代及び起草過程の経緯を探り、暴利行為論形成のいきさつを見た(第一章)のち、その際参照されたフランス法、ドイツ法を、当時参照された時点にまで遡って検討し(第二章)、*lésion*と暴利という異なった制度から出発した、仏・独両法が、それぞれの法理の適用範囲を拡げるため、現在までどのような試みがなされてきたか、を考察し(第三章)、最後に、日本の暴利行為論がどのように適用されているかを、判例分析を通じて確定した(第四章)のち、暴利行為論に関する解釈論にも言及する(結語)、というのである。この研究の「まとめと展望」にかかわって、著者自身の敘述の引用に及ぶのが、妥当であろう。

「まず、第一の原理面について。……まとめてみると、大陸法の国々には多かれ少なかれ『給付の均衡』法理が存在しており、それが廃止されたことがあったとしても一時的な現象に過ぎないということがいえると思う。『給付の均衡』法理との関連で見る限り、近代契約法の基本原理とされてきた『契約自由の原則』が貫徹した時期は以外に短いといえよう。これまで、契約法の変遷は、『契約自由の原則』からその修正へという図式により理解されていたが、この図式自体に疑問を呈することが可能なものではなからうか。もちろん、『給付の均衡』法理に関する研究だけから、契約法の原理について確定的な結論を導くことはできない。しかしながら、契約の内容自体に対して、しかも中心部分について、裁判所による直接的な介入を認める『給付の均衡』法理の存在は、『契約自由の原則』の核心的部分に

抵触するものであるといえよう。それゆえ、少なくとも、契約法の原理を検討するに際しては、『契約自由の原則』はその最も重要な領域においても貫徹しなかったという事実を考慮に入れるべきであろう。……次に、第二の実際面について。……暴利行為論自体の活用可能性は、従来考えられていたよりも大きいということがいえるのではないかと思う。ただし、消費者保護・約款規制にどの程度有効な手段となりうるかという点についてはなお検討を要する。しかしながら、これまで提案されていた錯誤・詐欺・強迫、あるいは意思能力という法理が、当事者の意思を問題とするためにやや硬直的・限定的にならざるを得ない（もちろん柔軟化・拡張も可能であろうが）のに対して、より広く適用できる使いやすい法理であるのではないかと思う。そして、いうまでもなく、反社会性を重視する伝統的な公序良俗違反にくらべると、要件効果ともに緩やかでより肌理のこまかい法理であるのではないかと考えている<sup>(33)</sup>。

「残された課題」についても、大村氏自身の指摘を眼底に焼きつけておきたい。

「最後に、残された課題について触れておこう。……まず、本書の内在的な限界について。……本書が示しえたのは『給付の均衡』法理の形成・展開過程は契約法の基本原理に対する考え方をよく反映しているということに過ぎない。……契約法の原理を再検討するためには、フランス・ドイツそれぞれの民法典編纂過程で生じた見解の対立を、その思想的背景、社会経済的背景にまで目をくばって、詳しく検討する必要がある。……『給付の均衡』法理の……機能的な比較のためには、契約の規律に関する全システムのなかに『給付の均衡』制度を位置づけることが最も望ましいのである。本書の考察はきわめて局所的なものにとどまったことは認めざるをえない。以上のように、本書は、契約法の基本原理の再検討という『理念』にかかわる問題についても、消費者保護・約款規制という『機能』にかかわる問題についても、なお、検討すべき課題を多く残している。ただ、これら二つの問題はそれぞれ大問題であり、『給付の均衡』法理の検討という一つの視角からの論文によって、確定的な結論を出すことは難しいと思われる

る。……さらに、本書の問題からはだんだん離れるが、次のような問題との関連も考える必要がある。その一として、裁判所（国家）が契約に介入することの是非という根本問題が存在する。これは、パターンリズムか自由放任主義かという社会哲学上の問題に連なるといえよう。その二は、契約への介入によって実現されるべき契約内容の公正さの内容如何という問題である。『契約正義』というが、それは交換的正義か配分的正義かという問題である。その三は、経済政策との関連である。ミクロの司法的規制に限界があるとする、公法的な規制とりわけ経済法的な規制をも視野に入れて契約の規律を考える必要があるということになるが、そうであるとする、管理主義（dirigisme）か新自由主義（néo-libéralisme）かという経済政策のレベルでの考察も必要となろう。その四は、経済理論との関連である。『市場』の意義のほか、『価格』『効用』『情報』等々についてどのような考え方をとるかということである。以上の一と二、三と四、また一と三とが密接な関係を有することはいうまでもない<sup>34</sup>」との壮大な見取図の提示である。

右述の「残された課題」にかかわって、法令違反行為——行政上の諸法令に違反する行為——の効力を、一方において取引当事者（消費者）の利益保護と、他方における市場（競争）の秩序維持を見据えて、検討し、公序違反との関連を検討するのが、「取引と公序」論文である。法令違反行為効力論で「問題となる法令は、取引とは直接には関係しない価値を実現するための法令（『警察法令』と呼んでおこう）から、取引と密接な関連を有する法令（『経済法令』と呼んでおこう）へと変化している」<sup>35</sup>との指摘がみられ、経済法令には取引利益保護法令——消費者保護法——と経済秩序維持法令——独禁法——とが含まれるものの、「もともとは秩序維持のための法規範であっても、それが権利実現のために役立ちうるものであるならば、必ずしもその援用を拒む必要はないではないか。法令は個人の権利実現を援護するものとはなりえないだろうか。公法の領域に属する法令を積極的に私法上の公序に組み込むべきでは

ないか。逆に、法秩序の実現のためには、個人の権利を左右するということが必要なものではないか。個人の利益が法令の目的実現に奉仕するということがあってもよい。私法上の公序は法令の目的実現をサポートするものとして機能しうるはずである<sup>(36)</sup>」と論結される。また、「法令違反行為の効力判断の根拠としては、九〇条一元論をとるべきだろう<sup>(37)</sup>」とされる。

(29) 椿Ⅱ伊藤・前掲書(9)はしがきiv頁「椿寿夫」。

(30) 大村敦志・公序良俗と契約正義(有斐閣)「一九九五年」。正確には、助手論文「契約成立時における『給付の均衡』」(六完)法学協会雑誌一〇四卷一六号「一九八七年」に加筆したものである。わたくしは、この助手論文の書評をものしたことがある(石田喜久夫・民法文献批評(成文堂)「一九九六年」一一一頁以下「民法学のあゆみ」法律時報五九卷一二号「一九八七年」)。ほかに、助手論文に論及するものとして、山本敬三「一部無効の判断構造」法学論叢一二七卷四号「一九九〇年」と椿寿夫「公序良俗論の諸相」加藤一郎先生古稀記念論文集下巻(有斐閣)「一九九二年」↓伊藤Ⅱ椿・前掲書(9)(2)がある。

(31) 大村敦志「取引と公序——法令違反行為効力論の再検討(上)(下)」ジュリスト一〇二三号、一〇二五号。

(32) 大村・前掲書(30)三頁。

(33) 大村・前掲書(30)三六七～三六八頁。傍点は石田。

(34) 大村・前掲書(30)三六九～三七二頁。

(35) 大村・前掲論文(31)一〇二五号七一頁。

(36) 大村・前掲論文(31)一〇二五号七二頁。かような発想は、磯村保「取締規定に反する私法上の契約の効力」民商法雑誌五〇周年記念論文集I(一九八六年)一六頁にみられ、石田穰・民法総則(悠々社)「一九九二年」二八五頁以下も、取締規定違反は原則として無効であるとする。

(37) 大村・前掲論文(31)一〇二五号七二頁、かつて、わたくしは、石田編・前掲書(5)以外の箇所、このように説いた

ことがある。「九〇条は……要するに、公序良俗に反する事柄を法律行為の内容にすれば、これは無効だ、効力がないとしているのであります。そして、九一条は、正面から任意規定の効力に関して規定しています。つまり、法令中の公の秩序に關せざる規定——これは任意規定とみてよいのですが——に反する約束は有効であるとしております。……通説は、反対解釈（インテルプレタートィオ・コントラリイア interpretatio contraria）によって、九一条の規定は同時に以下のようなことも定めていると解釈しております。それは、法律行為の当事者が法令中の公の秩序に關する規定——これを強行法といいます——に異なりたる意思を表示したときは、その意思表示は無効であるということをも、九一条が定めている、というのです。だから、強行法に違反するような意思表示、あるいは法律行為というのは九一条によって無効となるのだ、と通説は解釈しております。これが、九一条の反対解釈であります。しかし、私は、そういう理解には反対であります。九一条は文字どおり、任意規定に關する定めでありまして、九〇条が、強行法規違反および良俗違反の行為は無効であることを定めているんだと理解するのでありまして、私の何十年にわたる主張であります。若い頃からそのように言ってきたのですけれども——若い頃から二〇年も同じ考えをもっているのは馬鹿じゃなかろうかという反省もあるのですが——、通説側からは一顧だにしてもらえない、というのが実情であります。」（石田喜久夫・口述民法総則（成文堂）「一九八六年」一八二—一八三頁）と嘆いたことがある。しかし、大村・前掲論文（31）一〇二三号八七頁の教えるところによれば、つとに、森田寛二「反対解釈の力学」自治研究六一巻八号「一九八五年」が、意を尽くして同旨を説いており、その後、大村敦志「契約内容の司法的規制」NBL四七三号「一九九一年」や椿寿夫「公序良俗論の周辺」法律時報六四巻二号「一九九二年」をはじめ、椿〓伊藤・前掲書（9）所載のいくつかの論稿によっても、私見が肯定的に引用されていることは、恐縮の至りである——たんに、感覺的に雲が動くというのと、木の股に月を捕らえて雲が動くとして「月が動くか雲が動くか」の論議に決着を与えたという、わが小学校時代の国語教科書の題材に見えているところにも類比すべき差異が、私見と爾余の卓見との間にみられるとしても——。

4 私的自治を憲法に基礎すべきことを明らかにした山本氏は、その浩瀚な論策「公序良俗論の再構成」<sup>(38)</sup>において、  
左の如くその論旨の展開に及んでいる。<sup>(39)</sup>



いままで述べてきたところから、「まず、公序良俗規範の主要な適用領域が『人倫』にかかわるものから取引関係や労働関係に関するものへと移行してきている。また、とくに男女別定年制を九〇条違反により無効とした日産自動車事件などを契機として、憲法的な価値の実現をはかるために公序良俗規範を用いる傾向が出てきている。さらに、取締法規違反についても、これを『公序』の中に取り込んで、より積極的に違反行為の効力を否定すべきだとする主張が有力になりつつある。そして、以上のような守備範囲にもなつて、公序良俗規範の要件・効果についても変化が生じている。たとえば、『公序良俗』違反の判断について、法律行為の内容だけでなく当事者の主観的事情も含めた締約前後の諸事情も重要な意味をもつようになっていく。また、効果面でも、全部無効・絶対無効から一部無効・相対無効へという変化が見られる<sup>(40)</sup>」ことを、容易に看取しうるであろう。そのような現象を適切に理解し評価するために必要なのは、適切な理論枠組みの確立である、と山本氏は断ずる。つまり、公序良俗論の「構成問題」と、これに基づく「衡量問題」がそれであるが、まず前者から始めなければならないとして、私的自治・契約自由と公序良俗の関係(第二章、ちなみに第一章は問題提起に充てられている)を採り上げたのち、「第三章では、以上の検討をふまえて、公序良俗論の再構成を試みる。まず、その手がかりとして、近時有力に主張されている経済的公序論とありあげ、そこで裁判所が契約自由の制限を正当化する『理由』としてどのようなものが指定されているかを分析する。続いて、この『理由』を基礎として、公序良俗論を再構成する基本的視点を確定する。具体的には、『誰が』契約自由を制限しているのかという視点から、法令型公序良俗と裁判型公序良俗を区別し、『どのような実質的理由にもとづき』契約自由を制限するかという視点から、基本権保護型公序良俗と政策実現型公序良俗を区別する。そのうえで、この両者の組合せにより導かれる四つの基本型について、さらに立ち入ってその構成を検討する<sup>(41)</sup>」というのである。第四章では、それまでの検討の総括と残された問題への展望が語られている。すなわち、①裁判型―政策実現型公序

良俗においては、裁判（所）に政策形成機能を認めるか否か、認めるとしてどのような場合か、という問題がある。

②裁判型―基本権保護型公序良俗にあつては、私人間における基本権侵害、即ち憲法の私人間適用が問題となるが、これを肯定する場合においても、契約自由の侵害には、事実的行為によるもの（↓不法行為）と、契約制度を介するもの（↓取消のほか契約の効力の否認）との二側面があることに留意すべきであり、かつ、相対無効は認められるが一部無効は可能性にとどまる。③法令型―政策実現型公序良俗は多様であつて、個別法令型のほかに総合型が考えられ、かつ、前者については、明文の強行法規（明文型―個別法令型）・不文の強行法規（不文型―私法型―個別法令型）・取締法規（不文型―公法型―個別法令型）による分類がなされるべきである。ここでは私法・公法峻別論は妥当せず、「強行法違反の行為は無効である」という命題は、九〇条が存在する以上、不要と化し、相対無効や一部無効の可能性を残すこととなる。④法令型―基本権保護型公序良俗は、③と同じく、第一段階として法令の解釈による内容の抽出・確定を行い、第二段階として右を基礎とした継続形成（Fortbildung）が憲法上許されるかどうかを審査することとなるが、「ここでは契約自由を制限する理由が政策目的ではなく、基本権保護となるため、相対的に無効の契約を導きやすいという違いがある」<sup>④②</sup> ⑤法令型―政策実現型と裁判型―基本権保護型の「並存型」というべき場合もあり得るが、両者の双補性を認めて、それぞれの枠内での還元時手法による斟酌を行うべきであろう、というふうに取りまとめたのち、次のようにいう。<sup>④③</sup> いささか長くなるが、本稿の意図と直接に関連するゆえ、そのまま引用したい。

「ここで示されているのは、公序良俗論において何をどのように問題とすればいいのかという枠組みにすぎない。つまり、これだけで、具体的な場面で実際に公序良俗違反を認め、契約を無効とすべきかどうかが機械的に定まるわけではない。それはあくまでも、以上の構成に即して問題となる原理や政策を確定し、それらを衡量することによつ

て決められることである。まさにその方法論を明らかにすることが、衡量問題の課題にはかならない。

この衡量問題に関しては、従来の公序良俗論を見るかぎり、一つのパラダイムとも言うべきものが支配してきた。……つまり、類型論——より正確に言うところ『事例群の形成』——と、それに対応した具体的基準の形成——『ルール化』——という手法が、衡量問題を解決するための方法として位置づけられてきた。……しかし……あらゆる場面を想定して『事例群』を形成し、それにあわせて『ルール化』することは、実際上不可能である。……むしろ、一般条項がわざわざ定められたのは、それでは割り切れないからであり、さまざまな原理や価値が複雑にからみあうなかで、その時々状況に応じて適切な決定を導く拠点を設けるためであったはずである。

もちろん、ここから先は立場が分かれる。あくまでも状況に依存した、衡平で納得のゆく解決が得られることが重要だと考えるならば、一般条項の不確定性は歓迎すべきことであり、その縮減をはかるべきではないということになる。これに対して、たしかにそこではルールで割り切れないような、原理や価値の衡量が問題となるにしても、それを恣意的な決断にゆだねるのではなく、なお合理性を追求すべきだという考え方も成り立つ。これは、原理や価値の衡量がおこなわれることを直視したうえで、その衡量をできるかぎり合理的におこなうための方法論を探求しようとする考え方である。最近のオーストリアおよびドイツで有力な潮流をなしている『動的システム (bewegliches System)』論や、筆者を含めてわが国でも支持者が増えつつある論証責任論ないし法的論証理論 (juristische Argumentationslehre) は、まさにそうした方法論を構築しようとする試みである<sup>(43)</sup>。

(38) 山本敬三「現代社会におけるリベリズムと私的自治——私法関係における憲法原理の衝突(一)(二)完」法学論叢一二三巻四号、五号「一九九三年」。この論文についても、わたくしの書評がある。石田喜久夫・前掲書(30)一一一頁↑法律時報六

(39) 山本敬三「公序良俗の再構成」民事法理論の諸問題下巻・奥田昌道先生還暦記念（成文堂）〔一九九五年〕

(40) 山本・前掲論文（39）二頁。

(41) 山本・前掲論文（39）六頁。

(42) 山本・前掲論文（39）一〇九頁。こうした型の析出に至るまでに、その前提として、私的自治（自分の生活空間を主体的に形成する自由）を、契約という行為に関して制度化したのが契約自由であるが、「私的自治」も「契約自由」も、憲法三条に立脚する基本権である、との理解が存在する。そして、公序良俗規範は契約自由を制限する法律であり、裁判所がこれを解釈・適用することによって現在化するのだが、憲法上の自由である契約自由に対して不当な制限にならないよう解釈しなければならない。立法が契約自由を制限するという決定をしているとき（法令型）と、裁判所が独自に契約自由を制限するという決定を行うとき（裁判型）を区別しようとすると、契約自由の制限を正当化する実質的理由を、「基本権保護型」と「政策実現型」とに区分しうる。このようにして、本文掲記の諸基本型が導出されるのであるが、ならば、「公序良俗」はそのさい理論的にどのように把握され、位置づけられるのであろうか。「公序良俗規範は……消極的契約自由〔契約に關して法的禁止・命令がないこと〕を制限する『禁止規範』行為規範としての公序良俗規範」と積極的契約自由〔国家による契約の法的有効性の承認と裁判所によるその強制的実現〕を制限する『無効規範』効力規範としての公序良俗規範』を含む。後者は前者の遵守を確保するための手段として位置づけられる。」（山本・前掲論文（39）四四～四五頁）というのが、その回答である。したがって、協同体主義にもとづく自由観よりする公序良俗＝根本理念説（我妻栄「新訂民法総則」（岩波書店）〔一九六五年〕二七二頁以下に典型的にみられる）は、その妥当根拠を失っているが、しかもなお、憲法上の自由としての私的自治・契約自由との関連の考究こそ、論議の根底でなければならぬ、とされるわけである。

(43) 山本・前掲論文（39）一〇九～一一一頁。本文引用の所説にかかわって、同論文一一二頁には、ヴィルブルグ（Wilburg）にはじまり、ビドリンスキイ（Bydliński）、カナリス、ヒュッキンゲ（Hicking）、マイヤー＝マリイなどに連なる「動的システム論」の基本文献の掲記のほか、次のような指摘が見えている。「近時、ドイツでも、事例群による一般条項の具体化という構想の当否について、議論がみられる。たとえば、Ralph Weber, Einige Gedanken zur Konk-

reisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), 516 ff. がこれを徹底して批判するのに対して、Theo Mayer-Maly, Was leisten die guten Sitten? AcP. 194 (1994) 132 ff. がこれに反批判をくわえ、事例群形成手法を擁護する論陣を張っている。ただ、ここで注意を要するのは、前者の批判側は、事例群の形成とルール化を同視して「石田注・わが国の九〇条類型をめぐる論議はすべて両者を同視している」と云えよう」批判しているのに対し、後者の擁護側は、両者を同視しておらず、事例群形成手法と後述する動的システム論を組み合わせている点である。つまり、ルール化の手法を問題視する点は、両者において共通しているのである」と。山本氏は、その後「民法における動的システム論の検討——法的評価の構造と方法に関する序章的考察——」法学論叢一三八巻一・二・三号「一九九五年一二月」において、動的システム論 (bewegliches System) の意義と課題について、九一頁にわたって立ち入った検討をおこなっている（尤も、右の法学論叢が実際に公刊されたのは一九九六年四月である——大学の学会誌の公刊年月を、本来公刊されるべき時期に遡及させる悪しき慣行は、わが国にひろく流布するところではあるが——）。

5 いくばくかの遺漏なきを保し難いが、公序良俗をめぐる理論状況は、右に尽きると云っても過言ではあるまい。とくに、4に紹介したところは、それまでの問題提起とこれをめぐるやや錯雑した論議につき、一定の立場から明快に説明しており——民法九〇条と不当利得返還請求との関係については、本稿では紹介を省略したが——、類型ないし事例群形成のための基準として、『裁判型』と『法令型』の対置が、論者のというような理由づけでなされ得るのかについて、わたくしとしてはいまのところ留保せざるを得ないが、全体として類をみないほどの論理整合性を備えている。ただ、3にみられる「給付の均衡」という、近代ないし現代における一つの基本的な具体的価値基準を基軸とする、事例群ないし類型の提示は、1や2のなかでなされている試みを含めて、4における型とどのように関連するのかなど、実用法学的要請の充足がこんごの課題であることは、いまさらいうまでもあるまい。山本氏の表現を借りるならば、「衡量問題」の解決であり、そのさいに、たとえば大村氏のいう「契約正義」が具体的にどのような役割

を演じるのか、を明らかにすることが必要ではないか、と思われる<sup>(45)</sup>。要するに、山本氏の所説は、問題解決のための確な手続論であり、公序良俗論の新たな展開にとっては不可欽の、判断枠組みと分析の進め方を明らかにするものというべく、その意味での学界への寄与は絶大であるが、しかもなお、そのみでは入口に佇む観照にとどまるおそれがあり、大村氏の視点との具体的問題における邂逅を望みたい、というのが、わたくしの不遜かもしれない願いなのである。

とはいえ、本稿において、椿氏らのグループ、大村氏、山本氏などが提起されたところから、さらに一步を進めよう、という類いの大望を実現しようなどとは、毛頭考えていない。諸家の示唆される論点について、ドイツでどのような論議が展開されているかを、この一年ほど、折にふれ垣間みた範囲で、いささか立ち入って紹介しよう、ということとどまる。やや具体的に示すならば、以下の三点についてである。

一 まず、事例群ないし類型による一般条項の明確化についての、ラルフ・ウェーバーの見解を紹介し、アクセル・ベアターらとの論戦にも立ち入りたい<sup>(46)</sup>。これによって、ひとは類型論の限界について再思を余儀なくされるとともに、裁判所による法の継続形成 (Forbildung) や契約内容の改造 (Umgestaltung) が許されるべきかについても、思いを致すであろう。

二 第二に、疑義はあるものの、公序良俗の類型化は実際上の問題解決にとって極めて便利であり、不可欠とみる<sup>(47)</sup>むきも少なくない。テオ・マイヤー・マリーの議論とその提示にかかる事例群を具体的にみる所以である。わが国における類型化に参考となるとともに、「動的体系論」(das bewegliche System) の一端を伺い知ることができるであろう。

三 公序良俗違反行為が絶対無効・全部無効から相対無効・一部無効をも含みうるものへと変容しつつあることは、

既述したとおりであるが、ドイツでもその傾向が看取される。クリストフ・クラムペの論稿は、この問題を取り扱い、そのさいに、当然事ながら裁判所の契約内容改定にかかわる論議を展開していることに鑑み、さいごにこれを紹介する。

(44) 古典的な三権分立論によれば、司法機関たる裁判所が法を定立することは、明らかに越権の沙汰であり、容認さるべくもない。したがって、抽象的な内容の公序良俗を事例群化し、これを手がかりに事案を判断する場合にあっても、それは法の認識である、と解されてきたように思われる。しかし、そうはいうものの、一般条項を白地規定と称するところに象徴されるように、事実上は裁判官が個々の立法したと見うる状況にある。のみならず、立法者も社会意思(ひとびと)に共通に存在する規範意識を認識し、これに従って立法するべきだと解すれば、立法というも司法というも、じつは程度の差に過ぎないこととなる。法令型と裁判型とを分別するのは、前者にくらべて後者には自由な判断をなしうる余地——ひとによっては恣意の入る余地——が大きいであろうと思われる、そうであるとするなら異論はない。ただ、裁判所が決定する、と正面切って断言する——論証責任論などはかような前提に立つのではないか?——のならば、その基本的発想に従うことに躊躇を覚える。

(45) 山本・前掲論文(39)五四頁によれば、『契約正義』を厳密に用いる場合には、それは当事者の意思を離れて存在する客観的な『正しさ』を意味する。その前提にあるのは、人間社会には何人も否定できない普遍的な客観的価値が存在しているという自然法論である。この意味での契約正義論は、契約自由の制限をそうした自然法上の価値Ⅱ契約正義の実現として理解し、正当化しようとする。つまり、『実定法は自然法にしたがわなければならない』というのが契約自由の制限の究極的な根拠である。とされる。そしてまた、『こうした方向に立つと考えられるのは、星野教授のほか、大村敦志助教授の『給付の均衡』法理である。……ただし、大村助教授のその後の一連の論稿では、基本的には実質的契約正義論を維持するといえ、本文〔石田注・右の引用文〕で述べたようなニュアンスは後退しつつあるようにも見うけられる。』(同五八頁)として、『契約正義』ないし『給付の均衡』に距離を置き、憲法的公序を以て対置している。しかし、『具体的には『他人の自己決定権を侵害するようなかたちで他人の基本権を侵害してはならない。』という憲法上の禁止規範がすべての市民に課せら

れていると考えている。」(同五九頁)から、実質的には、同じような方向が目ざされるべきであろう。いずれこの点は、「おわりに」で再説に及びたい。

(46) Ralph Weber, (17) Acp. 192, S. 540 f.; Axel Beater, (17) Acp. 194, S. 85 f.

(47) Theo Mayer-Maly, (91) Acp. 194, S. 106 f. なお、<sup>6</sup>「公序」と「良俗」との関係についても検討が加えられることとなる。

(48) Christoph Krampe, (81) Acp. 194, S. 1 f. 「無効行為の転換」についても、ここで言及する——契約の改造 (Umgestaltung) との関係で——こととなる。